

## **Le GEDIP et la codification progressive du droit international privé de l'Union (Marc Fallon)**

Le temps d'une génération, le droit international privé des Etats membres de la Communauté devenue Union a muté, d'un droit conventionnel à un droit propre à l'ordre juridique européen. Il a pour substrat un mouvement de codification perceptible sur le continent après la Seconde guerre mondiale, de la nouvelle Conférence de la Haye à de nouvelles législations nationales, celles-ci couvrant, à la différence de celle-là, le droit international privé, ou du moins des conflits de lois, dans leur ensemble. Plus de vingt règlements ont désormais pour objet des règles propres aux situations transfrontières en matière civile ou commerciale, règles de conflits de lois, de juridictions ou règles matérielles, auxquels s'ajoutent plusieurs dizaines d'actes unilatéraux comportant des règles accessoires de droit international privé.

A partir des années quatre-vingt-dix, la doctrine a commencé à s'intéresser à la possibilité d'une emprise du droit général de l'Union sur la solution des conflits de lois, autant qu'à une appropriation par l'Union de questions traitées par le droit conventionnel, principalement dans le domaine des conflits de juridictions. Le Groupe européen de droit international privé (GEDIP) est né d'une telle interrogation. Évoquer celui-ci parmi les contributions de Paul Lagarde aux sources internationales et européennes du droit international privé se justifie pleinement : il a non seulement présidé à la création du Groupe, il en a profondément influencé les travaux.

Avant de rendre compte du rôle que le Groupe a pu jouer dans la mise en place d'un droit international privé de l'Union, il est utile de revenir sur le phénomène d'émergence d'un ensemble propre à l'Union en tant que système juridique à part entière.

### **I. Le contexte normatif**

Le processus normatif a été très évolutif, au départ d'une première phase conventionnelle plutôt traditionnelle. Deux phases se succéderont, marquées d'abord par des actes unilatéraux de l'Union (règlements et directives), ensuite par des actes conventionnels de l'Union dans les relations avec des pays tiers (Conférence de La Haye).

Cet examen conduit à un diagnostic, établissant un besoin croissant de mise en cohérence d'une pluralité d'instruments de droit international privé liant les Etats membres.

#### Phase 1 : des conventions « entre Etats membres » (1968-1998)

Les labels « Bruxelles » et « Rome » sont connus. Au départ de l'ancien article 220 TCE, leur contenu n'exprime pas encore une incidence certaine d'un processus d'intégration européenne, au vrai encore peu avancé : un véritable droit du marché intérieur – dont le bon fonctionnement nécessiterait une harmonisation, essentiellement, des règles de conflit de lois en matière civile – n'émerge qu'autour de 1990, par l'achèvement du droit des entraves aux libertés de circulation, marqué par plusieurs arrêts de la Cour de justice de 1991 relatifs aux prestations de services et le corollaire du principe de reconnaissance mutuelle des normes des Etats membres (arrêts *Gouda*, *Säger*, « *Guides touristiques* », 1991). Et la citoyenneté européenne, encore émergente en 1992, ne cristallisera qu'au tournant du siècle (arrêts *Grzelczyk*, 2001, *Baumbast*, 2002).

Moins connues que la Convention de Bruxelles de 1968 et ses révisions successives, plusieurs conventions labellisées « européennes » conclues, en 1987 (légalisation) et 1990 (recouvrement des aliments), puis au visa de la coopération intergouvernementale prévue par le traité de Maastricht (insolvabilité, 1995 ; signification des actes, 1997), avec une mention spéciale pour la convention en « matière matrimoniale » (1998), au cours d'une période où le label « Bruxelles II » apparaît (réunion de Genève, 1995).

#### Phase 2 : les actes unilatéraux de l'Union (2000-2019)

L'évolution des travaux de l'Union a connu plusieurs périodes, d'abord de consolidation des conventions « européennes », ensuite de création de règles communes, accompagnée de conventions de l'Union avec des pays tiers.

##### – Période de consolidations (2000-2008)

La consolidation a porté d'abord sur la reprise de conventions européennes, essentiellement dans les trois règlements de 2000 (Bruxelles I et II, et Insolvabilité), e, dont ils reprennent essentiellement la substance. S'agissant de Bruxelles I toutefois, on peut déjà y voir un processus de refonte, à savoir d'amélioration au vu de l'expérience de la jurisprudence d'interprétation – notamment en matière contractuelle (fourniture de biens et services, et contrat de travail). Au vrai, l'existence même d'une compétence d'interprétation uniforme – et exclusive – de la Cour de justice a permis de forger, dès les premières années de mise en application de la Convention de 1968, un corpus original qui, malgré une fidélité au rapport Jenard régulièrement cité, portera progressivement une marque propre au processus d'intégration en marche. De même, en matière de responsabilité parentale, la révision du règlement dès 2003 témoignait d'une adaptabilité nouvelle d'actes unilatéraux.

Au terme de cette période, la politique de consolidation s'est achevée avec le règlement Rome I (2008). Certes, on y voit émerger aussi des règles nouvelles, dans le règlement Rome II (2007). Dans l'un et l'autre cas, il s'agissait de construire sur la base de règles conventionnelles, adoptées en matière de contrats (1980, avortées en matières quasi délictuelle (projet de 1972). S'agissant de Rome I, les améliorations portent principalement sur (1) un encadrement, significativement européen, d'un choix de loi dans un contrat en quelque sorte intra-européen, en vue de préserver des règles « indérogeables » européennes, (2) une augmentation de la sécurité juridique en cristallisant le rattachement objectif d'une liste de contrats « caractérisés », (3) un élargissement de la catégorie des consommateurs protégés, et (4) une définition formelle d'une loi de police, significativement basée sur une jurisprudence de marché intérieur relative aux prestations de services (arrêt *Arblade*, 1999). S'agissant de Rome II, le projet de la Commission reposait sur un rattachement en cascade, au bénéfice d'une convergence des résidences des parties, avec une référence subsidiaire au lieu de survenance du dommage – plutôt qu'au fait générateur de responsabilité – et un recours à la clause d'exception. Il innovait par l'établissement d'une faculté de choix de loi et de certains délits spéciaux en des matières de préoccupation européenne (concurrence, environnement) tout en échouant sur la question de la vie privée et de la diffamation.

##### – Période de maturation par des actes de nouvelle génération (2009-2019)

Une étape est franchie en 2009 avec des actes de nouvelle génération, attestant d'une méthode européenne, qui présente cinq caractéristiques, à savoir :

- (1) la continuation d'une politique de refontes (*Insolvabilité, Bruxelles IIter*), qui témoigne d'une flexibilité du processus législatif, alors que la révision d droit conventionnel reste problématique ;
- (2) l'élargissement à de nouvelles « matières matrimoniales » (aliments, loi applicable au divorce, successions, régime matrimonial et patrimoine des partenariats) ;
- (3) la mise en œuvre d'une politique de « mieux légiférer » par la couverture complète d'une matière au moyen d'un acte mixte (intégration des conflits de lois & de juridictions) et de règles de compétence d'application universelle, en matière matrimoniale, mais non en contraste, en matière de divorce ni de contrats ou de quasi-délits, ni pour la reconnaissance des jugements de pays tiers ;
- (4) le besoin d'une interprétation systémique des actes en vue d'en assurer une cohérence horizontale – face à une dispersion des matières dans des actes séparés adoptés à des moments différents –, exprimé au travers de considérants ou au long de la jurisprudence d'interprétation ;
- (5) une volonté croissante d'articulation des actes unilatéraux avec des conventions « de » l'Union – c'est-à-dire des instrumentaux internationaux auxquels l'Union est partie – : outre le volet « Lugano » qui étend l'espace européen de justice civile à l'AELE, les conventions de La Haye ratifiées par l'Union – ou par les Etats membres sous son « autorisation » – sont désormais perçues comme pouvant constituer des sources « complémentaires » du droit de l'Union, par exemple en matière d'incapacités des mineurs – voire demain des adultes –, ou pour les conflits de juridictions (Election de for, Jugements).

## II. L'apport d'un groupe scientifique

L'examen de la place du Groupe dans l'émergence d'un droit international privé de l'Union appelle une double analyse, concernant l'origine et la méthode de travail d'une part, et les résultats obtenus d'autre part.

### Le Pourquoi et le Comment

La naissance du Groupe en 1991 – au départ d'une initiative de François Rigaux et de Paul Lagarde en marge d'un colloque de la Fondation Gulbenkian sur « Droit international et droit communautaire » à Paris en 1990 – répondait au souhait de créer un point de contact régulier entre collègues d'universités d'Etats membres de l'Union et de l'AELE, associés à des collègues de diverses institutions (Conférence de La Haye, Cour de justice, Commission), en vue d'échanges informels dépourvus de tout agenda politique, sur l'interaction du droit international privé et du droit de l'Union, plus tard des droits et libertés fondamentaux de la personne.

La démarche visait à éviter des études théoriques, en privilégiant une démarche résolument pragmatique, centrée sur l'échange d'informations et l'exploration d'interactions, encore méconnues, des disciplines. La formulation de règles communes seraient vues d'abord comme une méthode de travail en vue d'une compréhension de nouvelles thématiques et d'une mise à l'épreuve de solutions en termes de faisabilité, non pas tant comme une force de proposition en vue de travaux législatifs, de l'Union comme de la Conférence de La Haye.

Ceci explique la structure du Groupe et son mode de fonctionnement. Était en vue, la possibilité d'échanger autour d'une table, selon un format réduit, sur des sujets supposant une expertise générale de chacun dans l'une des disciplines de base – droit international privé ou droit de

l'Union –, tout en veillant à une complémentarité des participants en termes de spécialisation – droit de la famille, des biens, des obligations, droit commercial... – et de provenance : d'où un format de moins 30 membres, reflétant une majorité des Etats membres de l'Union. De plus, la permanence de la composition – autant que la disposition des membres à participer aux réunions... – devait favoriser l'efficacité du travail, autant que la relation de confiance entre les membres.

La tenue d'une réunion annuelle de deux jours était adaptée à de tels objectifs. Pourtant, au fil de l'évolution du droit international privé de l'Union, marquée par une technicité croissante, la préparation de réunions en sous-groupes pouvant désormais travailler en visioconférence s'est avérée fort utile.

### Les résultats

Les travaux du Groupe semblent avoir d'abord permis d'anticiper certains actes de l'Union, puis accompagné des travaux législatifs en cours au sein de l'Union, avec des effets tantôt décisifs, tantôt mitigés sur les contenus.

- Une impulsion à des actes de l'Union ?

Les premiers travaux ont pu donner une impulsion à des initiatives européennes, comme en attestent la chronologie des projets Bruxelles II et Rome II. Dès 1991, le Groupe explorait la possibilité d'un complément à la Convention de Bruxelles, en « matière familiale – mariage, régime matrimonial, divorce – et successorale », tout en excluant, outre le nom, l'adoption et la protection des incapables – matières traitées ou en traitement au sein de la Conférence de La Haye. Ce texte dit « projet de Heidelberg », adopté en 1993, inspirera la convention européenne de 1998 (Rapport Borrás, n° 7), puis le règlement Bruxelles II en 2000, ceux-ci étant cependant réduits au mariage et au divorce mais élargis à la responsabilité parentale. Ensuite, le Groupe s'est attelé en 1996 à une reprise du chantier abandonné en 1972 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, en vue de la possibilité d'une « convention Rome II », finalisée à la réunion de Luxembourg (1998), dans l'attente de l'adoption d'un « règlement Rome II » en 2007.

Parallèlement, en matière contractuelle, le Groupe s'est attaché à proposer des « modifications » à la Convention de Rome (2000, 2003), ensuite à faire des évaluations de suivi de la proposition de la Commission (2005) jusqu'à l'adoption du règlement « Rome I » en... 2008. Ainsi, la numérotation des règlements « Rome » est due à la date de commencement des travaux – par le Groupe – plutôt qu'à celle de leur adoption.

Au long de cette période, un sous-groupe « Rome I et II » avait été constitué, sous la coordination de Fausto Pocar et de Paul Lagarde.

Par la suite, d'autres anticipations ont visé à élargir le domaine de certains actes de l'Union. Ainsi, pour le divorce, le Groupe a d'abord établi, non sans difficulté, des règles de conflit de lois (1999-2003, 2006-2007) qui conduiront au règlement Rome III (2010). Ensuite, il a testé la faisabilité de transformer Bruxelles I en acte d'application universelle (2010), pour la compétence autant que pour les jugements, sans convaincre le législateur européen qui n'en a repris qu'une règle de litispendance internationale, tout en laissant les jugements étrangers aux travaux de La Haye alors en cours. De même, le législateur n'a pas repris, dans le règlement Bruxelles II<sup>ter</sup> (2019), la proposition d'un nouveau règlement Divorce (2015), sur le modèle

des actes de nouvelle génération rassemblant, pour une matière déterminée, conflits de lois et de juridictions, avec des règles de compétence d'application universelle.

Enfin, depuis 2013, de nouveaux champs sont abordés, tantôt sectoriels, tantôt général. Des règles de conflit de lois sont élaborées en matière de personnes morales (2016) et de droits réels (2021-2023). De plus, dans la perspective d'une codification, l'exploration porte sur des lignes directrices concernant les conflits de nationalités (2013), les lois de police (2022), la reconnaissance des relations juridiques étrangères (2023), l'incidence du droit de l'Union sur la nationalité (2024) ; d'autres sont en cours, sur le renvoi ou le statut procédural de la règle de conflit et du droit étranger.

Parallèlement, le Groupe a souvent réagi au contenu d'actes d'harmonisation du droit matériel, principalement de directives (contrats de consommation, biens culturels, commerce électronique...) comportant une règle spéciale d'applicabilité sans égard au contenu des instruments de droit international privé. L'impact de ces travaux est plus difficile à tracer mais force est de constater une nouvelle tendance du législateur européen à réserver les dispositifs de ces règlements – sans toujours y réussir.

- Une anticipation du contenu d'actes de l'Union ?

En termes de contenus, certaines conclusions du Groupe se retrouvent dans des actes de l'Union.

En matière de conflits de juridictions, la faisabilité de règles de compétence d'application universelle, testée en vue d'une refonte du règlement Bruxelles *Ibis*, sera confirmée en 2009 (Aliments), puis en 2012 (Successions) et en 2016 (Patrimoine des époux et partenaires). En termes de contenu des règles de compétence internationale, les travaux du Groupe ont entendu faciliter l'accès au juge par des fors alternatifs centrés sur la résidence des parties, au détriment du for de nationalité : seule une nationalité commune est retenue en matière matrimoniale, et la nationalité d'une partie est retenue en matière de filiation en tant que for résiduel. Le règlement Bruxelles II reprendra ces fors alternatifs proposés pour le divorce – malgré le défaut, tardivement relevé par la Cour de justice, d'un incitant au *forum shopping* (arrêt *Hadadi* 2009) –, après y avoir ajouté un for de nationalité du demandeur là où la proposition visait essentiellement à condamner le for exorbitant de la nationalité d'une partie. En matière de successions, le règlement de 2010 reprendra le principe d'un for unique de la dernière résidence du défunt, tout en y ajoutant un for subsidiaire de nationalité. En matière de régimes matrimoniaux (2016), le législateur s'inspirera d'une échelle de fors en cascade présente dans le nouveau document du Groupe sur... le divorce (2015).

En matière de conflits de lois, la technique de l'option de droit, proposée pour le divorce puis pour le régime matrimonial et les successions, a été reprise par le législateur, autant que la référence de principe au critère de la résidence habituelle, le cas échéant en premier échelon d'un rattachement en cascade (divorce, régime matrimonial). En matière de successions, le Groupe avait insisté, dans ses réponses au Livre vert, sur un principe d'unicité de la loi successorale, également repris par le législateur. En matière contractuelle, le travail de remodelage a porté essentiellement sur une meilleure prévisibilité du rattachement objectif (art. 4), mettant en avant la notion de liste de contrats caractérisés, et sur un élargissement de la catégorie des consommateurs protégés, dont l'orientation se retrouve dans le règlement Rome I. A propos des dispositions impératives, le Groupe proposait d'abord la préservation de celles d'un Etat membre trouvant leur origine dans un acte européen, lorsque les éléments de la

situation sont localisés dans l'Union et que la loi de cet Etat aurait été applicable en vertu du rattachement objectif – dispositif présente en substance dans l'actuel article 3 du règlement. Par ailleurs, une loi de police du for ne pouvait recevoir d'effet si son application devait constituer une entrave injustifiée aux libertés de circulation : une telle exception européenne, fondée sur la reconnaissance mutuelle des normes, ne se retrouve pas dans le règlement, mais elle trouve un écho dans jurisprudence de la Cour de justice incitant le for à tenir compte d'un degré de protection équivalent assuré par la loi étrangère applicable issue de la transposition conforme d'une directive (arrêt *Unamar*, 2013). En matière quasi délictuelle, la « proposition Rome II » (1998) innovait en fondant le rattachement sur une échelle en cascade ayant, pratiquement, pour premier échelon la résidence des parties dans le même pays, et subsidiairement, le fait générateur du dommage, avec le tempérament d'une clause spéciale d'exception et la possibilité de dérogation par un choix de loi. Elle y ajoutait une liste de délits spéciaux. De tels éléments se retrouvent dans le règlement, non sans nuances : le critère subsidiaire du lieu de survenance du dommage y remplace celui de fait générateur du dommage initialement proposé – le Groupe s'étant ainsi montré moins audacieux sur ce point que le législateur – ; et, concernant les délits spéciaux, le législateur a ajouté la responsabilité du fait des produits et exclu les atteintes à la vie privée et la diffamation.

Une autre thématique, de nature transversale, a suscité un intérêt constant, et croissant, du Groupe, à mesure de l'évolution du droit des libertés de circulation. Ce qui est devenu un « principe de reconnaissance mutuelle » constitue un élément caractéristique de l'intégration européenne, et son corollaire du « principe de la loi d'origine », une consonance d'une règle sur le conflit de lois. Assez curieusement, les règlements de droit international privé n'en rendent pas encore compte de manière explicite – hormis naturellement pour la reconnaissance des jugements, celle-ci étant plutôt fondée sur un « principe de confiance mutuelle » dans le bon fonctionnement de la justice dans les Etats membres, là où la reconnaissance mutuelle au sens strict porte sur des normes des Etats membres.

Or, la notion de reconnaissance mutuelle intéresse non seulement une problématique liée à une disparité de législations nationales, comme le droit des conflits de lois : elle constitue aussi, comme corollaire de l'intégration européenne, un incitant à de nouvelles approches en termes de coordination des systèmes juridiques.

Les travaux du Groupe rendent compte de cette double dimension de la reconnaissance mutuelle. On en trouve les premières traces dans l'examen de l'impact de la clause de marché intérieur, qui caractérise la « nouvelle approche » de la politique législative européenne depuis les années quatre-vingt et trouve son aboutissement dans la directive 2000/31 sur le commerce électronique. Il en va de même pour un encadrement de l'effet d'une loi de police du for au nom de l'exigence de proportionnalité d'une norme à la réalisation de l'objectif légitime d'intérêt général poursuivi, qu'illustre la jurisprudence *Arblade* (1999).

Par la suite, le Groupe s'est attelé à la thématique de la « nouvelle méthode de reconnaissance » des situations étrangères, sous l'impulsion donnée par les travaux de Paul Lagarde, dans son intervention au colloque de Toulouse sur la codification européenne du droit international privé (2011) jusqu'à sa conférence inaugurale sur l'avenir du droit international privé à la session d'été de l'Académie de droit international (2014). Sur cette base, le Groupe a exploré (2023) la possibilité d'un dispositif destiné, tantôt à la partie générale d'une codification, tantôt à une règle propre à une matière particulière, énonçant les conditions de reconnaissance d'une relation juridique constituée en vertu d'un droit étranger, aux fins d'assurer le plein exercice d'un droit ou d'une liberté fondamentale.

Il est aisé de tracer la marque de Paul Lagarde au long de ces travaux. Il a non seulement porté le Groupe sur les fonts baptismaux, et développé le potentiel opératoire pour le processus législatif du principe de proximité qu'il avait préalablement découvert – au sens propre d'un dévoilement – sur base d'une observation minutieuse du phénomène normatif : il a également incité à reculer sans cesse l'horizon, et à inventer des outils pour la résolution de problèmes nouveaux, alliant – et exigeant – à la fois totale indépendance intellectuelle et extrême rigueur de raisonnement... tout en pratiquant la modestie qui sied à toute démarche scientifique sur un terrain à déchiffrer, en particulier lorsqu'il a découvert, émerveillé, le potentiel, pour le droit international privé, d'une notion européenne émergente de reconnaissance mutuelle. Avoir été témoin de l'attitude de Paul Lagarde dans la position du chercheur qui, ensemble avec ses pairs, cherche à résoudre un problème nouveau, constitue une école de vie.